Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

RAWSON, 05 de diciembre de 2013.

------ VISTOS: ----------

------ Estos autos caratulados**: “B., T. O. s/ Recurso por Denegatoria tácita del Instituto de Seguridad Social y Seguros del Chubut” (Expte. N° 23.160-B-2013)**.----------

------ DE LOS QUE RESULTA: ----------

------- Que a fs. 46/62 vta. se presenta el Sr. T. O. B., beneficiario del Instituto de Seguridad Social y Seguros de la Provincia del Chubut (ISSyS), e interpone “RECURSO POR DENEGATORIA TÁCITA DEL INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL Y SEGUROS CONFORME LEY 3923. REQUIERO REVOCACIÓN PARCIAL DE LA RES. 001163/12. PLANTEO VULNERACIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD Y AFECTACIÓN DEL EJERCICIO DE DERECHOS POLÍTICOS. HAGO RESERVA DEL CASO FEDERAL Y DE LLEVAR EL CASO ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS”.----------

------ Manifiesta que a través del escrito así titulado intenta el recurso previsto en el art. 9° de la Ley Nº 3923 (Ley XVIII-N° 32) “contra la denegatoria tácita del reclamo administrativo” que presentó oportunamente ante el Instituto de Seguridad Social y Seguros,

///requiriendo la revocatoria parcial de la Resolución N° 001163 (acta 1691), fechada el 22/11/12 y que le fue notificada el 21/12/12.----------

------ Adjunta copia de ese “reclamo administrativo” presentado al órgano previsional el 8/01/13, y de la denuncia de mora del 30/05/13 (a fs. 21/32 vta. y 33 y vta. respectivamente). Allí solicitó se modifique y rectifique parcialmente el decisorio por contrario imperio, ya que en lugar de disponerse la transformación de su Jubilación por Retiro Voluntario (Dto. Ley N° 2228, modificado por Ley N° 3684) en Jubilación Ordinaria, como correspondía a derecho, se le acordó un reajuste que implicó un significativo recorte de su haber jubilatorio. Expresa sus fundamentos.----------

------ Entiende que el silencio del ISSyS ante ese reclamo administrativo debe interpretarse como una denegación tácita que habilita tramitar el recurso de la Ley XVIII-N° 32 ante este Superior Tribunal de Justicia. Se funda en el art. 76 de la Ley de Procedimiento Administrativo (Ley I Nº 18).----------

------ Presenta a esta Sala la siguiente pretensión (capítulo OBJETO, fs. 47) a fin de “obtener lo denegado tácitamente en sede administrativa. O sea la revocatoria parcial de la resolución 001163/12 (acta 1691), manteniéndose lo dispuesto en la resolución 750/92, mediante la cual se le acordó el retiro en los términos del dec. ley 2228, con la posibilidad de transformarlo pasados 20 años y efectuados los aportes correspondientes a ese período- en una jubilación ordinaria.” Agrega que ese derecho adquirido fue desvirtuado y desnaturalizado con el reajuste dispuesto, que

///

///soslayó la transformación del retiro en jubilación ordinaria y se apartó además de la movilidad establecida en la Resolución N° 750/92.----------

------ En los capítulos siguientes expresa los fundamentos de hecho y de derecho, aduna jurisprudencia y ofrece prueba. Además de la documental acompañada, solicita que se requiera al ISSyS las actuaciones administrativas, y la presentación de copias certificadas de las Resoluciones N° 750/92 y N° 001163/12 (acta 1691), que se ordene a la Administración de Vialidad de la Provincia del Chubut el envío de copia certificada de la Resolución N° 21177/76, y subsidiariamente pide pericia contable (fs. 61 y vta.).----------

------ A fs. 64 se remiten los autos al señor Procurador General a efectos de que se expida sobre la admisibilidad de la vía intentada. A fs. 65 y vta emite dictamen. Dice que el remedio elegido por el peticionante es un recurso jurisdiccional directo de naturaleza excepcional que se encuentra limitado a un supuesto muy específico que difiere de aquel que trae el presentante. Refiere que debe tratarse de una decisión del Directorio del organismo previsional que hubiera acordado o denegado prestaciones, y que aquel debe interponerse, una vez que se intentó sin éxito la reconsideración contra esa decisión ante el mismo organismo que la dictó. Por ello, opina que el recurso del art. 9 de la Ley XVIII N° 32, en este caso, resulta inadmisible, sin perjuicio de la acción contencioso administrativa que podría intentar el peticionante. Cita jurisprudencia de esta Sala.----------

///--- CONSIDERANDO:----------

------ 1.- Que la vía que intenta transitar el presentante, normada en el art. 9º de la Ley XVIII- N° 32, configura uno de los llamados Recursos Jurisdiccionales -o directos- caracterizados como una instancia de protección para promover la revisión de actos administrativos. En cuanto prevé que "De las Resoluciones del Directorio del Instituto... acordando o denegando prestaciones... se notificará... al interesado... quien dentro de los diez (10) días hábiles podrá interponer Recurso de Reconsideración. Dentro de igual plazo y contra la decisión que sobre el Recurso de Reconsideración recaiga, procederá el Recurso de Apelación fundado por ante el Superior Tribunal de Justicia".----------

------ Esta Sala ha interpretado que de ese modo, la Ley otorga al afectado la posibilidad de acudir a un remedio especial, reglado en varios de los distintos ordenamientos del derecho público de nuestra Provincia, sobre cuya naturaleza el Cuerpo tiene dicho que constituye "...una instancia de protección jurisdiccional para instar la revisión de los actos administrativos, fueren estos emanados de organismos centralizados, descentralizados o autárquicos de la Administración, o de entes de derecho público con funciones delegadas de fiscalización y control de actividades de los administrados…como previa a la acción judicial…(…) Se trata de una posibilidad intermedia de tutela, que no es administrativa por el órgano, pero tampoco estrictamente judicial, por cuanto la decisión que admite apelar, deviene de un órgano administrativo. Integra así un

///

///sistema de impugnación o de control de actos administrativos, cuya naturaleza difiere de las acciones judiciales" (SD N° 28/SRE/00).----------

------ Que de conformidad con el criterio seguido por este Cuerpo, estos medios de impugnación son de conocimiento limitado, en tanto se satisfacen en la medida en que constituyen un control judicial suficiente de la decisión emanada del órgano público -Instituto de Seguridad Social y Seguros-, exigencia asegurada en tanto el Tribunal actúa como "de derecho", decidiendo sobre la correcta aplicación de las normas jurídicas, poseyendo la facultad de revocar o anular aquella decisión si no fuera suficientemente razonable o se apoyara tan solo en la voluntad de los funcionarios, o implicara denegación de la defensa en juicio, control revisor que podrá ser más o menos extenso o profundo según los aspectos específicos que singularicen la materia litigiosa (SI N° 225/92, 25/94, 56/96, 90 y 119/SCA/97, 31 y 70/SCA/98, 55/SCA/00, 4 y 7/SCA/02, 56/SCA/05, 19 y 77/SCA/07, entre muchas).----------

------ Siendo así -se ha interpretado- “la potestad cognoscitiva de este Tribunal se encuentra constreñida, y difiere notoriamente de la que les es propia en el juicio pleno, cuando la jurisdicción se incita por vía de la acción. En estos Recursos, el carácter de la jurisdicción es eminentemente revisora: el control debe limitarse a aquellas cuestiones que han sido propuestas y sometidas a la decisión administrativa atenta la regla de la congruencia, así como de ser final, pues la forma de hacer realizable la justicia que por esta vía se persigue, importa una gradualidad

///ascendente, que comienza con el autocontrol administrativo y culmina con el control jurisdiccional. Quienes juzgan en último término de cada acto a los principios y normas del ordenamiento jurídico son los jueces y tribunales” (con cita de Dromi -Derecho Subjetivo y Responsabilidad Pública - Ed. Grouz 1986 - págs. 96 y 118 - en SI N° 60 y 61/SCA/96, 7/SCA/02, 56/SCA/05 y 25/SCA/06, 38/SCA/08, entre otras).----------

------ En esta última, se recordó lo analizado en la SD N° 13/SCA/06, en la cual, en oportunidad de dirimir uno de estos Recursos (en el marco de la Ley de Defensa del Consumidor), el Tribunal refirió a la clasificación que intenta H. M. de los distintos tipos de revisión judicial, no sin advertir que dividir el espectro en tres o más tramos es necesariamente arbitrario, pues cada ley y cada situación de hecho pueden merecer una categoría especial, distinguiendo entre "revisión máxima", "revisión media", "revisión mínima" y "revisión excepcional", las que define (Control Judicial de la Administración Pública, Ed. Depalma, 1984, Tomo II, págs. 664/666). Siguiendo esta clasificación, puede afirmarse que el Cuerpo ha considerado a estos Recursos Jurisdiccionales como de "revisión mínima", acotados al reexamen de las cuestiones de derecho, y que no permiten adentrarse en el conocimiento de aquellas relativas a hechos y prueba, salvo excepciones, lo cual ha movido a muchos autores a criticar el remedio mismo (Mario R. Farah - Impugnación Judicial de la Actividad Administrativa - Ed. La Ley - págs. 6/7; García de Enterría - que los considera "felizmente" erradicados de España, resabios de una jurisdicción marcadamente objetiva en Curso de Derecho Administrativo - Civitas - Tomo II- págs. 566 a 572).----------

///

///--- Es criterio sentado por este Superior Tribunal desde hace muchos años “que la decisión en estos Recursos Jurisdiccionales adoptada, no participa del carácter de cosa juzgada material, y entonces el fallo no es definitivo en la medida en que siempre se encuentra asegurado para el administrado la revisión ulterior a través de las vías ordinarias previstas por el ordenamiento adjetivo vigente, y que, en la situación inversa, dada cuando el recurrente es el órgano administrativo, idéntica posibilidad surge en cabeza del mismo, que no ve cercenado su derecho a promover la acción que el ordenamiento procesal general le proporciona (SI N° 86/SCA/01, 38/SCA/08 y 19/SCA/09). Concordante, viene resolviendo la inadmisibilidad para intentar el Recurso Extraordinario de Casación en los casos en que el fallo emana de Cámaras de Apelaciones (SD N° 28/SRE/00 en conc. otras Cortes Provinciales, vg. STJ Córdoba in re "Stabio…" -JA 1980- I-12), y el rechazo de la impugnación Extraordinaria Federal, cuando la sentencia emana de este Cuerpo (SI N° 86/SCA/01).----------

------ A tenor de lo expuesto, la posición que sobre estos Recursos Jurisdiccionales viene adoptando este Superior Tribunal de Justicia, concibiéndolos como excepcionales y previos a una acción judicial, con sólo efecto preclusivo (SI N° 11/89, 6 y 6/90, 46/90, 135/92, 77/93, 16 y 17/97, 38/SCA/08, entre otras) difiere, en beneficio del justiciable, de la que adoptan los Tribunales Nacionales y admite la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que considera que son de tránsito obligatorio, y aún

///en el marco de control limitado permite agotar todas las instancias otorgando al fallo fuerza de cosa juzgada material.----------

------ Que puntualmente, este Cuerpo viene interpretando que "el ejercicio o no del derecho a deducir Recurso Jurisdiccional de Apelación previsto en el art. 9° de la Ley N° 3923 "...no empece ni enerva su derecho a ejercer esta pretensión, en la medida en que ...el agotamiento de las vías de control previstas no es condición para el ejercicio de las acciones contencioso-administrativas o procesales administrativas, como prefiera nominárselas" (SD N° 8/SRE/96, reiterada en SD N° 11/SCA/00 y N° 01/SCA/02). Así es, en tanto "...se considera "opcional", y ninguna norma obsta para que -directamente y sin ocurrir por esa vía recursiva- los interesados ejerzan la acción contencioso administrativa de retardación, anulación y/o plena jurisdicción, según al caso corresponda. Esto es, impulsen la revisión judicial plena, con amplio debate y prueba, del caso en conflicto" (SI N° 86/SCA/01, SI Nº 38/SCA/08).----------

------ 2.- El presentante no atiende a los caracteres del Recurso Jurisdiccional que intenta, ni a la jurisprudencia de esta Sala. No estaba obligado a transitar, ni a agotar la instancia administrativa. Se observa cuando arguye que, como el ISSyS no ha emitido pronunciamiento alguno frente a su reclamo administrativo, por aplicación del art. 76 de la Ley de Procedimiento Administrativo (Ley I Nº 18), su silencio debe interpretarse como una denegación tácita que habilita esa vía recursiva ante este Superior Tribunal de Justicia.----------

///

Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

///--- “La atribución de un valor negativo o desestimación a la inactividad formal de la Administración tuvo un origen muy concreto, estrechamente ligado a la singular técnica del contencioso administrativo concebido como un proceso impugnatorio de actos previos, cuya legitimidad es objeto de revisión a posteriori. Pero este esquema ofrecía un importante flanco débil, la Administración podía eludir el control judicial con sólo permanecer inactiva y, en tales casos, el particular quedaba inerme ante ella” (conf. Carlos A. Vallefín -Proceso Administrativo y Habilitación de la instancia- pág. 78, edición 1994, Librería Editora Platense S.R.L. con cita de Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández). La implementación de la técnica del silencio administrativo permitió salvar esa dificultad. Pero -como advierte Vallefín, obra y pág. citada- el silencio negativo no constituye un auténtico acto administrativo desestimatorio. Es sólo una simple ficción legal de efectos estrictamente procesales, establecido en beneficio del particular.----------

------ Con relación a procesos contencioso-administrativos, el Tribunal se ha expedido antes sobre su valor, en SD Nº 11/SCA/00, 1/SCA/02 y SD Nº 9/SRE/03, citando a González Pérez, quien explica “que el silencio administrativo no es, en realidad, una verdadera forma de terminación de los procedimientos administrativos, sino que es una presunción que ha sido establecida en garantía de los propios administrados, que de otro modo podrían verse afectados en sus derechos y posibilidades jurídicas por la mera inactividad de la administración. El silencio negativo -que es la regla y el silencio positivo la excepción, sólo mediando disposición

///expresa- debe entenderse no como una sanción para la Administración, sino como una garantía a favor del particular - y se traía a Armando N. Canosa, citando a Gonzalez Salinas y García Trevijano Garnica- que tiene su razón de ser en tanto y en cuanto evita que la Administración acorrale al particular con su inactividad, quien con sólo guardar silencio impediría que vea satisfecha su pretensión o en su caso impediría que acuda al juez; tiene un fin netamente antiobstruccionista, existe pura y exclusivamente para favorecer al particular; pero de él no surge acto alguno, pues no concurre la voluntad de la Administración. ("Autolimitaciones de la Administración en materia de silencio y caducidad", Armando N. Canosa, ED 158-271)".----------

------ Asimismo, siguiendo a Perrino, este Cuerpo señaló "que el silencio administrativo no es un acto, es un simple hecho, y a este hecho la ley le otorga efectos jurídicos, o bien -estima- es una ficción legal con efectos puramente procesales, o -tercera opción- un simple arbitrio técnico concebido por el legislador para posibilitar el acceso a la justicia cuando media inactividad de la administración (El régimen del agotamiento de la vía administrativa en el nuevo Código Contencioso-Administrativo bonaerense - ED - Administrativo - 28/9/99). Desde que se trata de una ficción -presunción- legal, es justamente la Ley la que debe establecer cuál es su efecto y las condiciones que deben darse para que esta ficción o presunción opere, así como los procedimientos a seguir. Si por otra parte está instituido a favor del administrado, la interpretación normativa debe ser la más favorable a su derecho, evitando considerar limitaciones no previstas por el legislador, imponiendo supuestas "cargas implícitas" a los justiciables para hacerlo valer. Las formalidades que obliteran el

///

///acceso a la jurisdicción -reconocido y garantizado por las Constituciones Nacional y Provincial- son de restrictiva interpretación (Conf. García de Enterría en "El principio de interpretación más favorable al derecho de los administrados al enjuiciamiento jurisdiccional de los actos administrativos" - RAP Madrid - Nº 42- pág. 271 y sigs.) (SD Nº9/SRE/03).----------

------ Sentido que este Tribunal ha dado en sus precedentes, interpretando los efectos procesales del silencio, conforme nuestro ordenamiento. Ha advertido que “como principio general la Administración tiene el deber de pronunciarse sobre las cuestiones que le planteen los administrados (art. 26° inc. 1) conc. 74°, 75° y 76° inc. 2) Dto. Ley N° 920)” Ley I Nº 18 de aplicación supletoria. “Pero puede ocurrir que a pesar de la existencia de esa obligación la Administración no dicte la correspondiente resolución...Frente a esa posibilidad, y a fin de evitar los perjuicios que de ella derivan, se ha admitido la existencia de una expresión tácita de la voluntad administrativa, elaborándose la llamada teoría del Silencio Administrativo. (Conc. Jorge Escola Tratado Gral. de Procedimiento Administrativo, pág. 229, y uniformemente la doctrina). Frente al silencio, el afectado puede esperar la decisión administrativa, exigir que la Administración se pronuncie -mediante el Amparo por Mora- instituto no regulado en nuestro derecho adjetivo ante la ausencia de Código específico, pero podría comprenderse, de darse los supuestos, en el Amparo común- o bien, intentar la Acción Contencioso Administrativa por Retardación -como si la decisión Administrativa se

///hubiese producido y fuere contraria a los derechos del recurrente" (conc. M.M. Diez y Jesús Gonzalez Pérez, citados en SD N° 11/SCA/00, SD N° 01/SCA/02 y, SI Nº 38/SCA/08, entre otras).----------

------ Queda expuesto que, en el caso, frente al silencio del ISSyS no hay acto administrativo que controlar judicialmente -revocándolo o confirmándolo, dada las características excepcionales del proceso de revisión limitado que se intenta. Por ende, no se encuentra habilitada la vía de apelación del art. 9° de la Ley XVIII - N° 32 ante este Tribunal.----

------ Sin embargo, ha de interpretarse el silencio del Instituto conforme sus efectos estrictamente procesales y en beneficio de los administrados. Directamente el presentante puede ejercer la acción contencioso administrativa de retardación, que permite una revisión judicial plena, con mayor amplitud de debate de su caso.----------

------ 3.- Además, de la lectura de su presentación se extrae que ha soslayado considerar las diferencias entre esa vía recursiva y las acciones contencioso administrativas. En el marco de un Recurso Jurisdiccional pretende producir prueba -informativa, testimonial y subsidiariamente, pericial- que demuestre que debe disponerse que su haber previsional pase a estar constituido por el 82% y con la movilidad acordada en el acto en que se le concediera el retiro voluntario, o sea tomando como base la remuneración que corresponde por todo concepto a los diputados provinciales en ejercicio. Espera que el Tribunal dicte una sentencia de condena, con efecto de cosa juzgada material, que le reconozca la transformación de su retiro voluntario en jubilación ordinaria, de manera

///

///que se ordene al Instituto abonarle las diferencias que le correspondan, hacia el futuro y con efecto retroactivo a partir del 1 de junio de 2012. Presenta de ese modo una pretensión de plena jurisdicción, pese a que no articula una acción contencioso administrativa.----------

------ En ésta puede insertar su pretensión. Con diferencia de matices y más allá de otras clasificaciones posibles, acepta unívocamente la doctrina, la distinción clásica entre acción de nulidad y de plena jurisdicción. La primera persigue la declaración de nulidad de un acto administrativo para que se restablezca el orden jurídico violado o desconocido por quien tiene un derecho subjetivo o un interés legítimo para ello; sus efectos son declarativos, por que con ellos la pretensión se satisface. La de plena jurisdicción, tiene un contenido mucho más rico, en el marco de las teorías amplias, no esencialmente revisoras del contencioso administrativo a las que este Tribunal adhiere (conf. SD N° 3/SRE/98, N° 10/SCA/06, Nº 9/SCA/07, entre muchas), y sus efectos son constitutivos o de condena. Clásicamente se configura cuando además de la pretensión anulatoria -cuando se solicita- se pretende el restablecimiento y/o el resarcimiento de daños y perjuicios. Pero, en el contencioso moderno -no “revisor”- no siempre resulta indispensable para configurar una acción de plena jurisdicción. También lo será -entre otras- la acción que se intenta contra el Estado por omisiones en procura de una obligación de dar o hacer en función administrativa, o bien cuando se trata de impedir que la autoridad haga o disponga. En suma, “el reconocimiento de una situación jurídica individualizada en forma

///exclusiva” (SD N° 9/SCA/07, con cita de Hutchinson), o “el restablecimiento o reconocimiento del derecho tutelado” (en el Código de la Provincia de Buenos Aires, Ley Nº 12008 modif. por Ley Nº 13101) que algunos actores clasifican como “constitutiva”. A más, parte de la doctrina invita a pensar la pretensión de plena jurisdicción como una acumulación objetiva sucesiva de pretensiones, en la cual una es interpuesta con la condición de que previamente sea acogida otra que actúa como presupuesto de ella”. (conf. M. M. Diez en SD Nº 9/SCA/07). Así se interpretó en SD Nº 03/SCA/2013, distinguiendo que “Tal acumulación se da cuando la pretensión de reparación es interpuesta con la condición de que previamente sea acogida de nulidad. También, cuando se persiguen diferencias salariales a resultas de un reconocimiento o restablecimiento de un derecho. En el primer supuesto la causa de la reparación es la nulidad; en el segundo, la causa de la condena a abonar diferencias salariales es el reconocimiento o restablecimiento del derecho vulnerado”----------

------ Conforme el libelo introductorio y la pretensión, resulta ostensible que no es el mentado recurso jurisdiccional -con un procedimiento limitado y revisor- la vía procesal idónea para su pretensión, sino la acción contencioso administrativa. La cual permite mayor amplitud de prueba, en un proceso ordinario -regido por el Código Procesal Civil y Comercial, supletoriamente, por ausencia de un Código Contencioso Administrativo en el orden provincial- y arribar así a una sentencia con el efecto expresado por el accionante.----------

///

Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

///--- En ese sentido, en tanto resulta competente la Sala para intervenir en ambas vías, en ejercicio de sus potestades ordenatorias, en atención al derecho de acceso a la jurisdicción consagrado por el art. 18 de la Constitución Nacional en su más moderna interpretación, 75 inc. 22 que incorpora los Tratados Internacionales, 18 inc. 9 de la Constitución Provincial, y considerando el principio “pro actione”, habrá de permitir al presentante que adecue el escrito de fs. 46/62 vta. como una demanda contencioso administrativa, que tramitará por el proceso ordinario, cumpliendo con los requisitos previstos en el art. 333 del CPCC, en el plazo de diez (10) días, a contar desde la notificación de la presente (personalmente o por cédula), bajo apercibimiento de resolver (de oficio) el rechazo “in límine” de la presentación tal como se impetra (art. 34 inc. 5 ap. b) y e), 36, 137 inc. 6 y 339 CPCC).----------

------ Por ello la Sala Civil, Comercial, Laboral, Contencioso Administrativa, de Familia y Minería del Superior Tribunal de Justicia; --

----------R E S U E L V E:----------

------ 1º) INTIMAR al señor T. O. B., a que adecue el escrito de fs. 46/62 vta. como una demanda contencioso administrativa, que tramitará por el proceso ordinario, cumpliendo con los requisitos previstos en el art. 333 del CPCC, en el plazo de diez (10) días, a contar desde la notificación de la presente, bajo apercibimiento de resolver -de ///oficio- el rechazo “in

límine” de la presentación tal como se impetra (art. 34 inc. 5 ap. b) y e), 36, 137 inc. 6 y 339 CPCC).----------

------ 2°) REGÍSTRESE y notifíquese personalmente o por cédula (art.137 inc. 6 CPCC).----------

Fdo. Dres. José Luis Pasutti, Fernando S.L. Royer y Daniel A. Rebagliati Russell. Sentencia Interlocutoria recibida en Secretaría el 6 de diciembre de 2013 y registrada bajo el N° 49/SCA/2013. CONSTE.----------

///